

University of Groningen

## Doel(matig) getroffen maar ook vernietigd? Lotgevallen van strafzaken met terecht voorgestelde cassatiemiddelen

Hielkema, J.

*Published in:*

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Hielkema, J. (2007). Doel(matig) getroffen maar ook vernietigd? Lotgevallen van strafzaken met terecht voorgestelde cassatiemiddelen. In B. F. Keulen, G. Knigge, & H. D. Wolswijk (editors), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong* (blz. 137-153).

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# Doel(matig) getroffen maar ook vernietigd?

## Lotgevallen van strafzaken met terecht voorgestelde cassatiemiddelen

J. HIELKEMA<sup>o</sup>

### 1. Inleiding

Dat beslissingen van de Hoge Raad regelmatig voorwerp van positief en/of negatief commentaar zijn, behoeft nauwelijks toelichting. Men denke aan het onlangs gewezen zogenaamde HIV IV-arrest, aan het arrest inzake Lucie de B. en – om maar diep de vorige eeuw in te duiken – het De Auditu-arrest.<sup>1</sup> In die gevallen becommentarieerden juristen en niet-juristen de beslissingen van de Hoge Raad vanwege de effecten die die beslissingen hadden op de strafrechtspleging, vanwege de juistheid of de begrijpelijkheid daarvan. Niet zelden zijn beslissingen van de Hoge Raad voor onbegrijpelijk uitgemaakt of woorden van gelijke strekking (of erger).

Cassatietechnische artikelen vindt men veel minder, zoals de wijze waarop de Hoge Raad cassatiemiddelen afdoet die hij terecht voorgesteld acht. In de meer gespecialiseerde literatuur wordt daar wel op ingegaan, met name waar het gaat om de neiging van de Hoge Raad om te deformaliseren en om doelmatig te zijn.<sup>2</sup> Een rode lijn die men in de voorbije decennia in de rechtspraak kan bespeuren, is dat de Hoge Raad een grote ‘afdoeningsruimte’ van de wetgever heeft gekregen maar die ook zelf heeft gecreëerd.<sup>3</sup> Reeds bijna 25 jaar geleden schreven De Jong en Van der Neut over ‘pragmatische tendensen’ die zij in de rechtspraak van de Hoge Raad bespeurden waar het ging om de wijze waarop de Hoge Raad keuzes maakte bij de beslissing om te verwijzen dan wel terug te wijzen.<sup>4</sup> Op die door De Jong en Van der Neut besproken materie ga ik hier nader in: welke beslissingen neemt de Hoge Raad indien in een cassatiemiddel terecht wordt geklaagd over een fout in een arrest van een feitenrechter? Wanneer doet hij zelf af, wanneer verwijst hij en wanneer wijst hij terug? Om de omvang van dit artikel binnen de perken te houden, zal

---

<sup>o</sup> Universitair docent straf(proces)recht Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>1</sup> Zie HR 16 februari 2007, *NJ* 2007, 313, HR 14 maart 2006, *NJ* 2007, 345, m.nt. PAM en HR 20 december 1926, *NJ* 1927, p. 85.

<sup>2</sup> Zie o.a. A.J.A. van Dorst (2004) *Cassatie in strafzaken*. Deventer: Kluwer, p. 228-229; M.K.T. Tjong, in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, aant. 8 en 9 bij art. 440 Sv (suppl. 141; losbl.; hierna: ‘Melai’) en de conclusie van Advocaat-Generaal Jörg bij HR 25 januari 2005, *NJ* 2006, 411.

<sup>3</sup> Zie Van Dorst 2004 (*supra* noot 3), p. 64 en p. 229.

<sup>4</sup> Zie D.H. de Jong & J.L. van der Neut (1983) Rechtsschending versus vormverzuim en de afdoening ervan door de cassatierechter. (13) *Delikt en Delinkwent* (afl. 5), p. 405 ev.

ik de ambtshalve cassatie en de beslissingsruimte van de verwijzingsrechter buiten de hoofdlijnen van mijn betoog houden.<sup>5</sup>

## 2. De wettelijke grondslag

Voor deze bijdrage zijn de volgende passages uit de wet relevant.<sup>6</sup>

Art. 440 lid 1 Sv.:

De Hoge Raad (...) vernietigt het vonnis of arrest geheel of gedeeltelijk (hetzij op de aangevoerde, hetzij op andere gronden)

Art. 440 lid 2 Sv.:

Indien de bestreden uitspraak wordt vernietigd, doet de Hoge Raad de zaak zelf af indien dit mogelijk is zonder in een nieuw onderzoek naar de feiten te treden. De Hoge Raad kan na vernietiging van de bestreden uitspraak de zaak (...) terugwijzen naar de rechter die haar heeft gewezen, dan wel verwijzen (...)

## 3. Een middel dat een punt raakt maar dat niet tot cassatie leidt

In de literatuur wordt wel verzucht dat er veel schort aan ingediende cassatiemiddelen waardoor de Hoge Raad in de meerderheid van de door hem gewezen arresten en beschikkingen in strafzaken de cassatieberoepen afdoet op voet van art. 81 RO. De Hoge Raad overweegt dan dat de verwerping van het middel geen nadere motivering behoeft, ‘nu het middel niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling’.<sup>7</sup>

Bestudering van de jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad over de voorbije anderhalf jaar bevestigt dat beeld (zie hierna, § 4.2). Nu wil – anders dan blijkbaar wel eens wordt verondersteld – motivering van de verwerping van een middel via art. 81 RO niet zonder meer zeggen dat de ingediende cassatieschriftuur juridisch onder de maat is. In die laatste gevallen overweegt de Hoge Raad bijvoorbeeld dat het middel ondeugdelijk is of vinden we een stekelige opmerking in de conclusie van de advocaat-generaal.<sup>8</sup> We treffen regelmatig uitvoerige cassatiemid-

---

<sup>5</sup> Over ambtshalve cassatie zie men Melai, aant. 6 bij art. 440 Sv (suppl. 141) en CAG bij HR 24 februari 2004, *NJ* 2004, 477. Over de procedure na verwijzing zie o.a. HR 17 oktober 2006, nr. 02536/05.

<sup>6</sup> Zie *Staatsblad* 1998, 591 en de kritische commentaar in Melai, aant. 2 op art. 440 Sv (suppl. 141) over de overgangsrechtelijke slordigheden. In deze bijdrage beperk ik mij tot de verwijzing en terugwijzing naar gerechtshoven, vgl. art. 440 lid 2 sub a en b Sv. Voorts laat ik de rechtspraak inzake beschikkingen buiten beschouwing.

<sup>7</sup> Over de toepassing van art. 81 RO, zie in Melai, aant. 7.1 en 7.2 bij art. 440 Sv (suppl. 141).

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 2006, *LJN* BA2571, CAG onder 24.

delen aan die een even uitvoerig commentaar van de advocaat-generaal krijgen, maar waarbij de Hoge Raad het middel toch ongegrond verklaart en het beroep met art. 81 RO ‘afdoet’. In die gevallen gaat het niet zelden om kwesties van vooral feitelijke aard en/of juridische vragen die in het licht van het bestaande recht wellicht uitvoerig maar niet moeilijk te beantwoorden zijn.<sup>9</sup> Afdoening via art. 81 RO wil in zo’n geval dus niet zeggen dat de Hoge Raad vindt dat ze kant noch wal raken.<sup>10</sup>

Daarnaast zijn er arresten van hoven waarvan de Hoge Raad naar aanleiding van de cassatiemiddelen of gedeeltelijk dan wel geheel ambtshalve vaststelt dat er een gebrek aan kleef, maar in welke gevallen de Hoge Raad meent dat er sprake is van een klaarblijkelijke fout in die arresten. De Hoge Raad leest (interpreteert) dat arrest zoals het ‘natuurlijk’ gelezen moet worden. In dat geval ontbeert het middel dat over het desbetreffende gebrek klaagt feitelijke grondslag en oordeelt de Hoge Raad dat het middel ongegrond is. De gedachte achter deze aanpak van feitenrechtelijk feilen is dat het gaat om evidente fouten – dat blijkt uit het arrest en de overige stukken tezamen – dat procesdeelnemers daardoor niet in hun te respecteren procesbelangen zijn geschaad en dat het doelmatiger is om de zaak niet terug te wijzen of te verwijzen omdat het immers voor een ieder duidelijk is (althans moet zijn) dat het om een fout gaat.<sup>11</sup> Voor de goede orde merk ik op dat in deze gevallen de Hoge Raad de zaak dus niet zelf afdoet in de zin van art. 440 lid 1 of 441 Sv. De Hoge Raad vernietigt de bestreden uitspraak niet.

In de rechtspraak vindt men ontelbare voorbeelden van dergelijke reparaties. Zo leest men in arresten dat de Hoge Raad – hetzij naar aanleiding van de middelen, hetzij ambtshalve – de kwalificatie verbeterd leest<sup>12</sup> dan wel dat bij de strafoplegging het hof bijvoorbeeld in het licht van de strafmotivering ‘onmiskkenbaar’ heeft bedoeld een bepaalde straf op te leggen.<sup>13</sup> Zeer regelmatig leest men dat de Hoge Raad op deze wijze bewezenverklaringen interpreteert, bijvoorbeeld dat bepaalde woorden als gevolg van een ‘kennelijke misslag’ in de bewezenverklaring zijn opgenomen en (dus) dat de Hoge Raad de bewezenverklaring leest met herstel van deze

<sup>9</sup> Vgl. HR 10 oktober 2006, *LJN* AY7396 en HR 12 september 2006, nr. 03077/05. Men kan er over twisten of de Hoge Raad zich in sommige van de hier bedoelde gevallen niet al te terughoudend opstelt door het door de klager in cassatie opgeworpen probleem te ‘reduceren’ tot een feitelijke kwestie. Daardoor ‘mag’ hij zich beperken tot de meer marginale begrijpelijkheidstoets. Ook in dat laatste geval kan hij zich meer of minder ruimte gunnen.

<sup>10</sup> Dat neemt niet weg dat het in zulke gevallen de begrijpelijkheid van de motivering van zijn arresten en beschikkingen ten goede zou komen indien de Hoge Raad – waar mogelijk – in zijn overigens korte motivering zou verwijzen naar de conclusie van de A-G.

<sup>11</sup> Over wat rechtens te respecten belangen zijn, zie men de conclusie van A-G Jörg bij HR 25 januari NJ 2006, 411.

<sup>12</sup> Zie HR 12 juni 2007, *LJN* BA2571, HR 3 juli 2007, *LJN* BA5034.

<sup>13</sup> Zie HR 12 juni 2007, *LJN* BA2566 en HR 26 juni 2007, *LJN* BA3608.

misslag.<sup>14</sup> Daarin gaat de Hoge Raad soms ver. Onlangs stelde de Hoge Raad vast dat in geval van een (mede) door het hof bewezenverklaarde en gekwalificeerde schuldheiling ten gevolge van ‘een kennelijke vergissing’ het woord ‘wist’ wel in de bewezenverklaring was opgenomen, maar de woorden ‘redelijkerwijs had moeten vermoeden’ niet. De Hoge Raad herstelde die fout zelf.<sup>15</sup>

Het is de vraag of er een duidelijke grens is aan te geven tussen wat de Hoge Raad meent te kunnen interpreteren als een kennelijke vergissing enerzijds, en een fout die moet leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak anderzijds. Die aarzeling wordt gevoed door het feit dat de Hoge Raad op dit punt soms – ongemotiveerd – afwijkt van de conclusies van zijn advocaten-generaal.<sup>16</sup> Ik kom op die grens in § 4.1 nog terug. Voorts merk ik op dat in sommige gevallen waarin de Hoge Raad een of meer kennelijke vergissingen in een uitspraak signaleert, hij misschien zelf moeite heeft om de grens te bepalen. In een arrest van 13 maart 2007 overwoog de Hoge Raad dat ingeval van een bewezenverklaarde medeplichtigheid (aan (mede)plegen van poging tot moord) als gevolg van een kennelijke misslag een onderdeel van de tenlastelegging, namelijk ‘respectievelijk bij het plegen van welk misdrijf hij toen daar opzettelijk behulpzaam is geweest’ in de bewezenverklaring was opgenomen. Dat de Hoge Raad vervolgens overwoog dat hij de bewezenverklaring las met herstel van deze misslag, is in het licht van het voorgaande niet zo merkwaardig. Dat hij dan echter toevoegt

‘(...) dat in die lezing de aard en de ernst van het bewezenverklaarde in zijn geheel beschouwd niet worden aangetast, terwijl ook de kwalificatie in die lezing ongewijzigd blijft (...)’

---

<sup>14</sup> Zie HR 19 september 2006, *LJN* AX9410; HR 6 februari 2007, *LJN* AZ4755; HR 17 april 2007, *LJN* AZ0220, *NJ* 2007, 267; HR 24 april 2007, *LJN* BA0874; HR 3 juli 2007, *LJN* BA5037. Zie echter HR 29 augustus 2006, nr. 02157/05 waarbij de advocaat-generaal concludeert dat het hof kennelijk bij vergissing de woorden ‘heeft verworven’ in de bewezenverklaring had opgenomen. De Hoge Raad deed af met art. 81 RO.

<sup>15</sup> HR 26 juni 2006, *LJN* BA3621, r.o. 4.5. Zie over dit onderwerp tevens D.H. de Jong (1988) De positie van de verdachte in de cassatiefase. (18) *Delikt en Delinkwent* (afl. 10), p. 980; de conclusie van A-G Jörg bij HR 25 januari 2005, *NJ* 2006, 411, onder 21 en Melai, aant. 8 bij art. 440 Sv (suppl. 141).

<sup>16</sup> Zie HR 30 januari 2007, nr. 00446/06 E. De CAG (ambtshalve) luidde dat de Hoge Raad de uitspraak zou vernietigen en zou bepalen dat het bewezenverklaarde strafbaar was. De Hoge Raad las de kwalificatie verbeterd. Zie ook HR 20 februari 2007, *LJN* AZ4763. In HR 20 februari 2007, *LJN* AZ2167, *NJ* 2007, 149 vindt men een ander voorbeeld van interpretatie van ‘de feiten’ door de Hoge Raad. In die zaak las de Hoge Raad in de strafmotivering van het gerechtshof dat het hof de verklaring van een deskundige ‘kennelijk en in het licht van hetgeen (...) uit de inhoud van de stukken is weergegeven, niet onbegrijpelijk in die zin verstaan dat daar mee niet meer tot uitdrukking is gebracht dan dat (...)’. De A-G oordeelde dat er wel degelijk sprake was van een motiveringsgebrek en dat het arrest diende te worden vernietigd.

zodat de vergissing van het hof niet cassatie hoeft te leiden, lijkt niet logisch.<sup>17</sup> Want de ratio achter het ‘hersteld lezen’ is immers dat er niets anders staat dan wat het hof heeft gezegd en bedoeld te zeggen. Dan kunnen de aard en de ernst van het bewezenverklaarde feit en de kwalificatie van dat feit dus ook niet veranderen. Dus valt er niets te wijzigen.

#### 4. Een terecht voorgesteld middel dat tot cassatie leidt

Vervolgens zijn er de middelen van cassatie die de Hoge Raad terecht vindt voorgesteld acht en die leiden tot vernietiging van het bestreden arrest. Dat kan leiden tot een gehele of partiële vernietiging van dat arrest (zie art. 440 lid 1 Sv.). Een voorbeeld van een partiële vernietiging is dat een arrest met meer bewezenverklaarde feiten uitsluitend wordt vernietigd ten aanzien van het onder één bewezenverklaarde feit en ten aanzien van de strafoplegging. De rechter waarnaar de Hoge Raad verwijst of terugwijst moet dan van de niet-vernietigde onderdelen afblijven.<sup>18</sup> Daarmee is echter niet gezegd dat elke integrale of gedeeltelijke vernietiging leidt tot terugwijzing of verwijzing.

##### 4.1 De Hoge Raad doet de zaak zelf af

Als het enigszins kan, doet de Hoge Raad de zaak zelf af. Die voorkeur blijkt uit de wet (‘indien dit mogelijk is zonder in een nieuw onderzoek naar de feiten te treden’).<sup>19</sup>

Zelf afdoen is efficiënt: welk ‘redelijk’ belang is gediend bij een nieuwe feitelijke behandeling indien de Hoge Raad vaststelt dat in een verder juridisch goed geconstrueerd arrest de wettelijke bepalingen waarop de opgelegde straf of maatregel is gebaseerd niet allemaal staan vermeld (zie art. 441 Sv.)?<sup>20</sup> Of indien manifest is dat een terugwijzing of verwijzing niet kan of klaarblijkelijk niet zal leiden tot de vaststelling van ‘nieuwe’ relevante feiten en omstandigheden?

Manifest overbodig is een nieuwe feitelijke behandeling indien de verdachte hangende de cassatieprocedure is overleden (art. 69 Sv.). Dan, of bijvoorbeeld ook indien het feit is verjaard, verklaart de Hoge Raad het openbaar ministerie niet-

<sup>17</sup> Zie HR 13 maart 2007, *LJN* AZ5462. Zie in die zin ook HR 27 juni 2000, *NJ* 2000, 548; HR 26 november 2002, *LJN* AE8864, HR 18 november 2003, *LJN* AJ0533, HR 11 januari 2005, (80) *NJB* (afl. 5), nr. 86 en HR 19 september 2006, nr. 03033/05.

<sup>18</sup> Zie Van Dorst (*supra* noot 3), p. 94-95. Zie bijvoorbeeld HR 6 februari 2007, *LJN* AY6713 en HR 19 juni 2007, *LJN* BA3098.

<sup>19</sup> De door de Hoge Raad in acht genomen grens van wat voor hem wel of geen vast te stellen feiten zijn, wordt wel aangeduid als de ‘papieren muur’. Zie Van Dorst (*supra* noot 3), p. 75-78 en Melai, aant. 9.2 bij art. 440 Sv (suppl. 141). Zie over de te dien aanzien geldende grens ten aanzien van de geldigheid van de (appel)dagvaarding: HR 10 april 2007, *LJN* AZ6182.

<sup>20</sup> De Hoge Raad vernietigt regelmatig om deze reden. Zie bijvoorbeeld HR 19 december 2006, *NJ* 2007, 28 en HR 3 juli 2007, *LJN* BA4941.

ontvankelijk in de vervolging.<sup>21</sup> Ook bij de beantwoording van de materiële vragen kan de Hoge Raad tot de conclusie komen dat in het licht van de te beantwoorden rechtsvra(a)g(en) geen nader feitenonderzoek meer nodig is. Men denke aan het meest recente HIV-arrest waarin de Hoge Raad om doelmatigheidsredenen zelf vrij sprak.<sup>22</sup> Of het geval waarin de Hoge Raad ontslaat van rechtsvervolging wegens de niet-strafbaarheid (niet-kwalificeerbaarheid) van het feit.<sup>23</sup>

Voor andere categorieën uitspraken geldt juist dat de Hoge Raad niet of zeer zelden zelf zal afdoen omdat daarvoor vrijwel steeds nader feitenonderzoek noodzakelijk is. Dat geldt voor zaken waarin de feitenrechter volgens de Hoge Raad ten onrechte is blijven steken bij een positieve beantwoording van de in art. 349 lid 1 Sv. bedoelde vragen, of zaken waarin de strafbaarheid van de dader (ontslag van rechtsvervolging wegens een rechtvaardigingsgrond of een schulditsluitingsgrond) aan de orde is. Ook voor de vaststelling van de strafmaat geldt dat de Hoge Raad terughoudend is met zelf afdoen (zie echter hierna).<sup>24</sup>

De vraag die zich vervolgens aandient, is wanneer het ‘klaarblijkelijk’ is dat een nieuwe feitelijke behandeling niet zal leiden tot de vaststelling van nieuwe relevante feiten en omstandigheden. Rechtspraak en de literatuur indiceren dat de Hoge Raad in de ‘minder klaarblijkelijke’ zaken waarschijnlijk een belangenafweging maakt, waarbij criteria als de ernst en omvang van zaak en de aard van de geconstateerde fout(en) een rol spelen. Enige voorzichtigheid is echter op haar plaats omdat men zich bij sommige zaken afvraagt op basis van welke criteria de Hoge Raad dan weegt.<sup>25</sup> Ik laat deze kwestie verder rusten omdat een dergelijke vergelijkingsexercitie ten minste een extra artikel en waarschijnlijk een nog groter manuscript vergt.

Een formeel aanknopingspunt vindt men in elk geval indien de Hoge Raad zelf aan geeft dat hij die afweging heeft gemaakt: hij doet om doelmatigheidsredenen zelf af.

---

<sup>21</sup> Andere voorbeelden van zaken waarin de Hoge Raad om doelmatigheidsredenen zelf afdoet: de Hoge Raad verklaart de inleidende dagvaarding nietig (HR 26 juni 2007, *LJN* BA3631; HR 20 februari 2007, *LJN* AZ4757; HR 16 januari 2007, *LJN* AZ3320; anders de CAG, die concludeert tot vernietiging en terugwijzing), de Hoge Raad ‘verstaat’ dat het hoger beroep is ingetrokken (HR 3 juli 2007, *LJN* BA5041) of de Hoge Raad verklaart de vordering van de benadeelde partij niet-ontvankelijk omdat zij niet eenvoudig van aard is (HR 10 april 2007, *NJ* 2007, 223). Zie ook Van Dorst (*supra* noot 3), p. 96-97.

<sup>22</sup> HR 16 februari 2007, *NJ* 2007, 313, m.nt. YB. Zie ook HR 23 januari 2007, *NJ* 2007, 337 m.nt. F.C.M.A. Michiels.

<sup>23</sup> Buiten de contouren van dit artikel (want een beschikking): zie ook HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 266 waarin de Hoge Raad het bezwaarschrift tegen de dagvaarding gegrond acht en de verdachte buiten vervolging stelt.

<sup>24</sup> Zie Van Dorst (*supra* noot 3), p. 97 en Melai, aant. 9.2 bij art. 440 Sv (suppl. 141). De Hoge Raad oordeelt steeds wel over de omvang van de strafmaat (om doelmatigheidsredenen) indien hij vaststelt dat in de cassatiefase de redelijke termijn is overschreden. Hij treedt dan ten aanzien van die vraag op als feitenrechter. Zie HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721.

<sup>25</sup> Zie hierover onder andere Melai, aant. 9 bij art. 440 Sv (suppl. 141).

Daarvan zijn in de rechtspraak vele voorbeelden te vinden. Zo vindt men de hiervoor al genoemde door de Hoge Raad uitgesproken nietigheid van de dagvaarding en niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging. Daarnaast vindt men niet zelden partiële of integrale doelmatigheidsvrijspraken. Indien de Hoge Raad partieel vrijspreekt, schroomt hij ook niet om zich over de strafmaat in stand te laten. In die zin wijkt hij dan ook af van de hiervoor genoemde beleidslijn dat de Hoge Raad terughoudend is met het opleggen van sancties omdat dat veelal tot nader feitenonderzoek noopt. Die terughoudendheid betracht hij als hij van een of meer bewezenverklarde feiten vrijspreekt, maar veel minder indien de vrijspraak ‘zo partieel’ is dat zij slechts een onderdeel van een bewezenverklaring betreft. De Hoge Raad geeft dan aan dat het middel terecht is voorgesteld, dat hij het arrest vernietigt en dat hij om doelmatigheidsredenen zelf vrijspreekt van het desbetreffende onderdeel. Daaraan voegt hij dan soms toe dat zulks niet tot terugwijzing of verwijzing hoeft te leiden omdat het volgens hem om een onderdeel van ondergeschikt belang gaat. Vervolgens overweegt hij dan dat de vrijspraak de aard en de ernst van het bewezenverklarde in zijn geheel beschouwd niet aantast, mede in het licht van wat het hof daarover in de strafmotivering heeft overwogen (of woorden van gelijke strekking). Dan vernietigt hij de bewezenverklaring ten aanzien van het onderdeel waarvan hij vrijspreekt en verwerpt hij het beroep voor het overige. Daarmee laat hij dus de oorspronkelijke opgelegde sanctie in stand, maar doet hij wel degelijk een uitspraak over de strafwaardigheid van de overgebleven feiten.<sup>26</sup>

Indien men een aantal van de hier beschreven arresten met partiële vrijspraken bestudeert, doemt al snel de vraag op of de hoven die de desbetreffende bestreden arresten hebben gewezen in veel gevallen ‘gewoon’ geen kleine foutjes hebben gemaakt en waarom de Hoge Raad die foutjes niet interpreteert als kennelijke mis-

---

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 143 en HR 4 april 2006, *LJN* AU5719, *NJ* 2006, 398. In HR 28 maart 2006, *LJN* AV4191 sprak de Hoge Raad overigens om doelmatigheidsredenen vrij van een van de (cumulatief) ten laste gelegde feiten. Ten aanzien van de overgebleven bewezenverklarde feiten bleef het bestreden arrest in stand en de strafmaat ook, eveneens vanwege de aard en de ernst van die overgebleven feiten. Zie ook HR 3 juli 2007, *LJN* BA5034 nadat de Hoge Raad de kwalificatie had hersteld. Hier overwoog hij dat ‘Gelet op de bewezenverklarde feiten en de strafmotivering als hiervoor onder 3.3 weergegeven, moet worden aangenomen dat het hof in de verbeterde kwalificatie geen aanleiding zou hebben gevonden tot het opleggen van een lagere straf.’ Dat de Hoge Raad meer of minder expliciet om doelmatigheidsredenen de strafmaat zelf bepaalde, vindt men bijvoorbeeld in HR 7 november 2006, *LJN* AY8987 (overtreding gedeeltelijk verjaard) en in HR 19 december 2006, *NJ* 2007, 30 (hof had het wettelijk strafmaximum van art. 176 lid 3 (oud) *WVW* 1994 i.v.m. art. 57 *Sr.* overschreden). De Hoge Raad legde een voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van vier maanden op. Voor meer voorbeelden zie men Melai, aant. 9.3. bij art. 440 *Sv* (suppl. 141) en de conclusie van A-G Jörg bij HR 25 januari 2005, *NJ* 2006, 411.



slagen, zoals hij ook doet in de arresten die ik in § 3 heb besproken. Als de Hoge Raad partieel vrijspreekt, doet hij dat in de door mij bestudeerde arresten omdat het bewezenverklarde ('stukje') niet kan volgen uit de gebezigde bewijsmiddelen. Maar dat is ook het geval bij dat onderdeel van de bewezenverklaring waarvan de Hoge Raad overweegt dat het hof zich kennelijk heeft vergist door die woorden in de bewezenverklaring op te nemen. Indien men enkele van de onder ad. 3 genoemde arresten leest, zou men denken dat de Hoge Raad alleen partieel vrijspreekt indien hij meent dat door wegstreping van de niet door de bewijsmiddelen gedekte onderdelen (of vaker: onderdeeljes) de aard en de ernst van het bewezenverklarde wijzigt. Daar kan het verschil echter niet in gelegen zijn omdat de Hoge Raad in de arresten waarin hij wél partieel vrijspreekt, die factor nu juist noemt om zelf af te kunnen doen. Indien men zich bij lezing van de onderzochte arresten afvraagt of er feitelijke en/of juridisch gezien wezenlijke verschillen te vinden zijn tussen de door de Hoge Raad verbeterd gelezen en de door hem weggestreepte onderdelen, dan kan ik geen relevant verschillen vinden. In de ene categorie van gevallen leest de Hoge Raad in het bestreden arrest dat een hof kennelijk per vergissing 'respectievelijk bij het plegen van welk misdrijf zij toen daar opzettelijk behulpzaam is geweest' in de bewezenverklaring heeft opgenomen, dan wel dat 'de verdachte het slachtoffer tegen een been heeft getrapt en/of geschopt' of 'dat de verdachte en/of zijn mededader het in de tenlastelegging onder 2 bedoelde hangslot hebben weggenomen'.<sup>27</sup> Waarom de Hoge Raad dan geen kennelijke vergissing ziet in het opnemen van 'tezamen en in vereniging met een ander' of in het in de bewezenverklaring opnemen van 'het plegen van misdrijven, als bedoeld in artikel 31a Auteurswet 1912, als bedrijf uitoefent', maar partieel vrijspreekt, is voor mij niet zonder meer begrijpelijk.<sup>28</sup> Voor degene die in cassatie is gegaan, maakt het verschil overigens weinig uit omdat het resultaat voor hem of haar hetzelfde blijft: het bestreden arrest blijft in stand.

## 4.2 De Hoge Raad verwijst of wijst terug

Als de Hoge Raad de beslissing heeft genomen dat hij de bestreden uitspraak integraal of gedeeltelijk vernietigt en dat hij de zaak niet zelf afdoet, staat hij voor de vraag of hij de zaak zal terugverwijzen of zal verwijzen.

Tot 1 juni 1999 stonden er in de wet enkele criteria aan de hand waarvan hij diende te besluiten of er verwijzing of terugwijzing diende te volgen. Art. 441 (oud) Sv. bepaalde dat in het geval van schending van het recht de Hoge Raad de zaak zelf (ten principale) diende af te doen dan wel, als hij dat niet kon, diende terug te wijzen.<sup>29</sup> In

---

<sup>27</sup> HR 13 maart 2007, *LJN* AZ5462; HR 26 november 2002, *LJN* AE8864; HR 27 juni 2000, *NJ* 2000, 548.

<sup>28</sup> HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 143 en HR 14 juni 2005, *LJN* AT2903.

<sup>29</sup> Deze 'algemene' toetsingsgronden vindt men in art. 79 RO.

het geval van verzuim van vormen diende de Hoge Raad te verwijzen.<sup>30</sup> Meer dan eens trad de Hoge Raad echter buiten de letter van de wet en wees toch terug nadat hij vormverzuimen had vastgesteld en had gecasseerd.<sup>31</sup>

Sinds 1 juni 1999 legt de wet de Hoge Raad ten aanzien van arresten van gerechtshoven in dit opzicht geen beperkingen meer op.<sup>32</sup> Deze opheffing van de beperkingen is kort zij het uitdrukkelijk door de wetgever gemotiveerd. De wetgever heeft aangegeven de wens van de Hoge Raad ter zake te volgen omdat – kort gezegd – het onderscheid tussen schending van het recht en verzuim van vormen niet zelden moeilijk is te maken en de wettelijke beslissingscriteria onpraktische consequenties kunnen hebben.<sup>33</sup> Als voorbeeld van een zinvolle terugwijzing noemt de wetgever, uit een oogpunt van rechtsbedeling, het geval dat de feitenrechter ook de zaken van medeverdachten heeft behandeld.<sup>34</sup>

De vraag die vervolgens rijst is welke criteria er te vinden zijn waar het gaat om de vraag of de Hoge Raad moet verwijzen of terugwijzen.

Corstens wijst er in zijn handboek op dat het vaak de voorkeur zal verdienen om te verwijzen

‘(...) om maximale zekerheid te hebben dat niet dezelfde rechters als degenen die de gecasseerde beslissing namen, zich opnieuw met de zaak gaan bezighouden of om te voorkomen dat de directe collegae van degenen die de gecasseerde beslissing namen zich met de zaak gaan bezighouden. Voorkomen moet worden dat gepreoccupeerde rechters de zaak opnieuw of verder behandelen.’

Corstens werkt vervolgens uit op welke wijze de Hoge Raad zaken afdoet waarin de feitenrechter ten onrechte wel of niet bij de formele vragen (art. 348 Sv.) is gestrand en de gevallen waarin de Hoge Raad volgens Corstens de zaken moet afdoen

<sup>30</sup> Zie hierover het in de inleiding van deze bijdrage genoemde artikel van De Jong en Van der Neut (*supra* noot 5), p. 405-408; Melai, aant. 9.4 bij art. 440 Sv (suppl. 141).

<sup>31</sup> Over de wetsgeschiedenis, zie Melai, aant. 2 op art. 440 Sv (suppl. 141). Zie ook Van Dorst (*supra* noot 3), p. 63-64, A.J. Blok, L.Ch. Besier (1925), *Het Nederlandsche strafproces*, tweede deel, Haarlem: Tjeenk Willink, p. 449-455.

<sup>32</sup> Zie met name de Koninklijke Besluiten van 1 oktober 1998, *Stb.* 1998, 591 en van 4 februari 1999, *Stb.* 1999, 52.

<sup>33</sup> Men zie *Kamerstukken II* 1996/1997, 25240, nr. 3, p. 3 en p. 11-12 aldaar. Over de misslagen in de wet(swijzigingen) zie Melai, aant. 2 bij art. 440 Sv (suppl. 141). In deze bijdrage ga ik niet meer in op het onderscheid tussen schending van het recht en verzuim van vormen. Verder volsta ik te verwijzen naar G.J.M. Corstens (2005) *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer, p. 741-742 (5<sup>e</sup> druk), Van Dorst (*supra* noot 3), p. 63-64 en Melai, aant. 9.4 bij art. 440 Sv. (suppl. 141).

<sup>34</sup> Zie Melai, aant. 9.4 bij art. 440 Sv (suppl. 141), verwijzend naar M.I. Veldt (1997) *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter* (diss. Katholieke Universiteit Brabant), Deventer: Gouda Quint, p. 365.

(zelf afdoen, verwijzen dan wel terugwijzen). Corstens hanteert hier het zogenaamde preoccupatiecriterium. Ten aanzien van de zaken die op grond van de materiële vragen zijn gecasseerd, bepleit hij dezelfde benadering.<sup>35</sup> Corstens is dus voorstander van een restrictief terugwijzingsbeleid.

In Melai wordt bepleit dat de wetgever in de cassatieregeling een algemeen verbod introduceert dat inhoudt dat rechters die voorafgaande aan het beroep in cassatie op de zaak hebben gezeten, niet nogmaals na cassatie over de zaak mogen oordelen onafhankelijk van hun eerdere betrokkenheid bij de zaak.

In de literatuur wordt aldus als uitgangspunt genomen dat de rechter die de zaak van de Hoge Raad 'krijgt', die zaak onbevangen moet kunnen beoordelen. Corstens past – zo begrijp ik hem – het criterium ruim toe, namelijk op het gerecht dat het arrest wees en niet alleen op de raadsheren zelf.<sup>36</sup> Anderen willen de Hoge Raad laten kiezen tussen verwijzen dan wel terugwijzen, waarbij in het laatste geval de zaak door andere raadsheren moet worden behandeld.<sup>37</sup>

Hoe oordeelt de Hoge Raad over terugwijzen of verwijzen?

Uit zijn arrest van 18 januari 1994, *NJ* 1994, 305 blijkt dat de Hoge Raad niet accepteert dat een rechter die deel uitmaakt van het college dat het vernietigde arrest heeft gewezen, deel uitmaakt van het college dat de zaak na terugwijzing behandelt.<sup>38</sup> Nadat de Hoge Raad had geoordeeld dat in de onderhavige zaak art. 6 lid 1 EVRM was geschonden (er was niet voldaan aan het vereiste van behandeling door een 'impartial tribunal'), wees hij de zaak terug, terwijl de A-G had geconcludeerd tot verwijzing naar een aangrenzend hof. Die beslissing tot terugwijzing is in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad over de processuele consequenties van schending van het uitgangspunt van de rechterlijke onpartijdigheid niet opzienbarend. Indien een gerechtshof immers beslist dat in eerste aanleg sprake is geweest van schending van dat uitgangspunt, dient het de zaak terug te wijzen naar de

---

<sup>35</sup> Zie Corstens (*supra* noot 34), p. 752.

<sup>36</sup> Vgl. ook R. de Waard (1989) *Beslissingen in cassatie*, in: G.A.M. Strijards e.a. (red.) *De derde rechtsingang nader bekeken*, Gouda Quint, p. 328 (Opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst).

<sup>37</sup> In die zin M.I. Veldt (*supra* noot 35), p. 365 en Melai, aant. 9.4 bij art. 440 Sv (suppl. 141).

<sup>38</sup> De Hoge Raad had het (eerste) bestreden arrest vernietigd en de appeldagvaarding nietig verklaard. Hier past (dus) nog een nuance: het bestreden, vernietigde (eerste) arrest bevatte een veroordeling, dus de desbetreffende rechter had zich een oordeel gevormd over de materiële vragen. We kunnen hieruit niet afleiden of de Hoge Raad eenzelfde oordeel zou vellen indien – bijvoorbeeld – de rechter (als persoon) volgens de Hoge Raad ten onrechte van oordeel was geweest dat een van de voorvragen negatief moest worden beantwoord. Zie (ook voor wat betreft de relevante feiten) in de lijn van het hier behandelde arrest HR 24 oktober 1995, *NJ* 1996, 484, m.nt. Kn.

rechtbank dat het bestreden vonnis heeft gewezen.<sup>39</sup> De ratio van die verplichting is dat de verdachte in aan hoger beroep onderworpen zaken recht heeft op een behandeling in twee instanties (vgl. art. 423 lid 2 Sv.).<sup>40</sup> De ratio van art. 423 lid 2 Sv. speelt uiteraard geen rol bij de vraag of de Hoge Raad zal verwijzen of terugwijzen omdat de zaak dan al door twee feitelijke instanties is behandeld.<sup>41</sup>

Indien men de recente rechtspraak van de Hoge Raad bestudeert, kan men daar uit afleiden dat de Hoge Raad het door Corstens voorgestelde restrictieve terugwijzingsbeleid niet volgt. Dat blijkt al uit het hier net behandelde arrest in welk geval de Hoge Raad immers terugwees.

Sterker: de Hoge Raad verwijst nog maar zelden. Ten behoeve van het schrijven van deze bijdrage heb ik alle arresten van de strafkamer van de Hoge Raad vanaf 28 maart 2006 tot en met 3 juli 2007 bestudeerd naar de wijze van afdoening, inclusief (dus) de niet gepubliceerde arresten. In slechts dertien zaken vond ik een verwijzing. Het betreft dus zaken (arresten) waarin de Hoge Raad de keuze had tussen verwijzen naar een ander hof of terugwijzen. Het aantal terugwijzingen heb ik niet geteld, maar het was een veelvoud van het aantal verwijzingen.<sup>42</sup>

Of de Hoge Raad het voornoemde probleem van de schijn van partijdigheid of het risico van bevangenschap niet aanwezig acht, weten we niet. Het is echter verre van ondenkbaar dat er tijdens een van de overleggen tussen de Hoge Raad en de gerechtshoven is afgesproken dat de hoven er voor zorgen dat bij terugwijzing andere dan de oorspronkelijke raadsheren op de zaak worden gezet.

Voor de volledigheid merk ik bovendien maar op dat men terugwijzing zowel vindt in zaken waarin het gaat om vernietigde arresten ter zake van (vooral) schending van het recht als die waarin de Hoge Raad (vooral) vanwege vormverzuimen vernietigt.<sup>43</sup> Kortom: voorzover de Hoge Raad zich vóór de wetswijziging in 1999

<sup>39</sup> Zie HR 13 november 1990, NJ 1991, 219 m.nt. ThWvV en HR 7 mei 1996, NJ 1996, 557, m.nt. 't H.

<sup>40</sup> Zie HR 7 mei 1996, NJ 1996, 557, m.nt. 't Hart. Zie Corstens (*supra* noot 34), p. 732.

<sup>41</sup> Zie ook de conclusie van A-G Jörg bij HR 25 januari 2005, NJ 2006, 511, onder 32 en 33.

<sup>42</sup> Cijfers over terug- en verwijzingen zijn voorzover ik weet niet beschikbaar. In het verslag van de Hoge Raad over de jaren 2005 en 2006 (te vinden op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), zie het verslag op p. 99-100) kan men alleen lezen dat 'het merendeel' van de ongeveer 3000 cassatieberoepen die door de Hoge Raad inhoudelijk zijn behandeld, door de Hoge Raad zijn verworpen.

<sup>43</sup> Ten aanzien van vormverzuimen zie men bijvoorbeeld HR 29 mei 2007, NJ 2007, 330 (motiveringsgebrek ten aanzien van een '358 lid'-verweer (noodweer)) en HR 15 mei 2007, NJ 2007, 317 (schending art. 359 lid 3 Sv.). Ten aanzien van schending van het recht bijvoorbeeld HR 16 januari 2007, NJ 2007, 68 (ten onrechte schorsing van de vervolging uitgesproken), HR 28 november 2006, NJ 2007, 49 m.nt. YB (miskenning maatstaf causaliteit) en HR 26 mei 2006, nr. 00779/05 (verdachte ten onrechte in hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard).

(nog) heeft laten leiden door deze wettelijke criteria, blijkens recente rechtspraak speelt het onderscheid geen rol meer bij de beslissing tot verwijzing of terugwijzing.

Uit de conclusies van de advocaten-generaal kan men geen criteria destilleren op grond waarvan de Hoge Raad de desbetreffende keuze maakt. Sommige advocaten-generaal laten de keuze 'standaard' aan de Hoge Raad, anderen adviseren wel regelmatig hetzij om te verwijzen, hetzij terug te wijzen, zij het zonder voor die keuze een argument te geven en soms laten zij zich daar in het geheel niet over uit.<sup>44</sup> De Hoge Raad volgt hen bij een advies tot verwijzing overigens lang niet altijd, bij een advies tot terugwijzing echter (logischerwijs) vaak weer wel.<sup>45</sup>

In sommige gevallen is de beslissing tot terugwijzing in het licht van de wetsgeschiedenis begrijpelijk. Men zie HR 19 september 2006, nrs. 02461/05 en 02462/05, *LJN* AX 9222, waarin de Hoge Raad in beide zaken casseerde wegens een gebrek in de bewijsmotivering en terugwees. Hier was sprake van verdachten in twee belerende zaken. In veel andere gevallen is dat laatste argument echter niet terug te vinden in het arrest omdat uit dat arrest niet blijkt of er materieel gezien in die zaak sprake is geweest van medeverdachten. In sommige gevallen is dat duidelijk niet het geval.<sup>46</sup> Toch wees de Hoge Raad terug.

Een wel gehoord argument om terughoudend te zijn met verwijzen, is dat griffies daardoor extra belast worden. De Hoge Raad zou beter kunnen terugwijzen omdat de griffie van het hof dat het vernietigde arrest heeft gewezen de zaak al 'in het computersysteem' heeft zitten. Denkbaar is inderdaad dat de Hoge Raad met het oog op de verslagleggingen die er in de gerechtshoven over iedere zaak worden opgesteld, het efficiënter acht dat aanwezige voorbereiding en kennis niet verdampt. Eveneens is wel het argument genoemd dat de Hoge Raad zou controleren waar de verdachte ten tijde van het wijzen van het arrest zou verblijven. De Hoge Raad zou

---

<sup>44</sup> Voorbeelden waarin de A-G de keuze aan de Hoge Raad laat, vindt men in overvloed. Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Wortel bij HR 4 juli 2006, nr. 03355/05 en die van A-G Knigge bij HR 27 juni 2006, nr. 01445/05. In beide gevallen betrof het schending van art. 415 jjs. 365a en 138b Sv. De Hoge Raad wees in beide zaken terug. In een soortgelijke zaak adviseerde A-G Vellinga overigens tot terugwijzing, de Hoge Raad oordeelde conform. Zie HR 16 mei 2006, nr. 03053/05. Zie in dezelfde zin HR 18 april 2006, nr. 01628, waarin A-G Knigge tot dezelfde conclusie kwam.

<sup>45</sup> Terugwijzing volgde bijvoorbeeld (conform CAG Machielse) in HR 9 mei 2006, nr. 01434/05. In deze zaak was sprake van cassatie wegens een gebrek in de bewijsmotivering omdat het bewezenverklarde niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kon volgen. Zie voorts de conclusie van A-G Vellinga bij HR 13 juni 2006, nr. 02028/05, waarin de Hoge Raad vaststelde dat verdachte ten onrechte niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep was verklaard. Ook in die zaak wees hij terug.

<sup>46</sup> Men zie onder de vele voorbeelden: HR 16 mei 2006, *LJN* AV2368 (doodslag), HR 12 december 2006, *LJN* AZ0278 (poging tot doodslag) en HR 16 januari 2007, *NJ* 2007, 66 (art. 285b Sr).

geneigd zijn om ingeval van vernietiging te kijken binnen welk ressort de verdachte zich bevindt. De geraadpleegde arresten geven echter geen aanleiding te veronderstellen dat dat een grond voor de beslissing tot terugwijzing zou zijn.

Een ander denkbaar criterium is dat de zaak waarin het arrest is vernietigd mogelijk of waarschijnlijk tot ophef binnen het gerechtshof zal hebben geleid. Bijvoorbeeld tot gesprekken over die zaak nadat het hof het arrest heeft gewezen. In dat geval zou, zo kan de gedachte zijn, de Hoge Raad gelet op het risico van bevangenschap moet verwijzen. Men kan zich echter voorstellen dat bijvoorbeeld de zaken die leidden tot HR *NJ* 2007, 137 ('hupje in de loop') en HR *NJ* 2006, 358 ('vrouw onder vrachtauto') onderwerp van gesprek zullen zijn geweest, terwijl de Hoge Raad toch terugwees.<sup>47</sup> Het is gezien de geraadpleegde rechtspraak eigenlijk vrijwel uitgesloten dat de Hoge Raad zich door dat criterium (het 'ophefinhof'-criterium) laat leiden. Daar is ook wel wat voor te zeggen omdat een dergelijk criterium erg subjectief is: hoe kan de Hoge Raad de inhoud van de gesprekken van raadsheren in de gerechtshoven inschatten?

Een iets hoogdrempeliger – en ook objectiever – criterium zou het publiciteitscriterium kunnen zijn: in hoeverre is de zaak onderwerp geweest van het 'publieke debat'? In mijn onderzoek naar recente arresten kwam ik zaken tegen die uitvoerig in de media zijn besproken en waarin de Hoge Raad heeft verwezen. Men denke aan de zaken tegen Samir A. en Lucie de B.<sup>48</sup> Ook hier speelt echter de vraag hoe hoog de Hoge Raad de lat dan moet of wil leggen. Als een zaak op regionaal niveau voor opschudding en publieke aandacht heeft gezorgd, moet zo'n zaak na vernietiging van dat arrest dan naar een ander hof? Er zijn zaken waarvan men kan vermoeden dat de Hoge Raad dat criterium heeft gehanteerd, maar er zijn ook voorbeelden waarin de Hoge Raad in zo'n geval toch terugwees.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> HR 29 augustus 2006, *NJ* 2007, 137 m.nt. JR (vormverzuim wegens (bewijs)motiveringsgebrek) en HR 20 juni 2006, *NJ* 2006, 358 (idem).

<sup>48</sup> HR 20 februari 2007, nr. 00447/05, *LJN* AZ0213, verwijzing conform CAG en HR 14 maart 2006, nr. 03431/04, *NJ* 2007, 345, m.nt. PAM. In beide gevallen – ik vermeld het maar voor de volledigheid – casseerde de Hoge Raad op grond van (vooral) rechtsschennis. Andere, iets minder recente voorbeelden van verwijzingen die onder het publiciteitscriterium vallen zijn dan HR 22 juli 2002, *NJ* 2003, 2, m.nt. Kn. (Mink K.), HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (HIV) en in vervolg op dezelfde casus HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154 m.nt. D.H. de Jong. In deze beide HIV-arresten stelde de Hoge Raad motiveringsgebreken vast (vormverzuimen).

<sup>49</sup> Voorbeelden van verwijzingszaken: een voorbeeld van een zaak die met name in het noorden des lands veel aandacht heeft gekregen is de 'Amelandse' zaak die leidde tot HR 12 december 2006, nr. 02260/05, *LJN* AY6667). Denkbaar is dat het publiciteitscriterium ook een rol heeft gespeeld in HR 3 april 2007, nr. 01860/06, *NJ* 2007, 212 (o.a. medeplichtigheid moord) en HR 17 januari 2006, *NJ* 2006, 303 m.nt. YB ('overstekend zoontje'), waarin de Hoge Raad 'louter' casseerde vanwege een motiveringsgebrek in de strafoplegging. Men kan zich echter voorstellen dat ook de zaak die leidde tot HR 20 juni 2006, *NJ* 2006, 358 op regionaal niveau tot ophef geleid.

Als we de door mij in de bovengenoemde periode onderzochte zaken waarin de Hoge Raad terugwees allemaal nader beschouwen, dan dekt het publiciteitscriterium de volledige lading echter zeker niet.

In twee door de Hoge Raad op 18 april 2006 gewezen arresten vernietigde hij in twee belendende economische zaken de arresten van een gerechtshof vanwege grondslagverlating (een vormverzuim), want het hof had

‘(...) uitdrukkelijk geen beslissing genomen over de diverse in de tenlastelegging opgenomen alternatieven ten aanzien van de plaatsen waar de gedragingen zouden zijn gepleegd en ten aanzien van degenen van wie de gelden zouden zijn aangetrokken, welke alternatieven niet subsidiair ten laste waren gelegd.’

Het betrof hier weliswaar geen eenvoudige of bagatelzaken, maar het valt te betwijfelen of ze de regionale – laat staan nationale – media hebben gehaald.<sup>50</sup> Ook in andere zaken waarin de Hoge Raad heeft verwezen is het moeilijk voorstelbaar dat de Hoge Raad dit criterium heeft gebruikt. Men zie het arrest van 20 juni 2006 waarin de Hoge Raad casseerde omdat het hof art. 37a lid 2 jo. 37 lid 2 Sr. had geschonden door zijn beslissing tot oplegging van de maatregel van terbeschikkingstelling te baseren op een te oud gedragsdeskundig advies. Of het arrest van 22 augustus 2006 waarin de Hoge Raad – zo begrijp ik het arrest – vaststelde dat het gerechtshof was uitgegaan van een onjuiste uitleg van art. 200 Sr.<sup>51</sup> Waarschijnlijk was dat evenmin het geval in een stevig geval van ten laste gelegde belastingfraude, waarin de Hoge Raad overigens wel de nodige motiveringsgebreken vaststelde en verwees.<sup>52</sup>

Geheel *niet* binnen het publiciteitscriterium zal de zaak vallen waarin de Hoge Raad casseerde en verwees in een geval waarin (mede) vernieling van ‘(...) de deurklink tot en een ruit in een ophoudkamer van het politiebureau (...)’ was ten laste gelegd en bewezen verklaard. Volgens de Hoge Raad werd de bewezenverklaring van ‘en

---

<sup>50</sup> HR 18 april 2006, nrs. 00453/05 E en 00457/05 E, *LJN* AU 8103 en 8108. Men zou nog kunnen vermoeden dat grondslagverlating zou leiden tot verwijzing. Zaken waarin de Hoge Raad om die reden casseert zijn zeer zeldzaam, maar een contra-indicatie voor het voornoemde vermoeden vindt men bijvoorbeeld in HR 31 mei 2005, *LJN* AT2708 (terugwijzing)

<sup>51</sup> HR 20 juni 2006, nr. 01849/05, *LJN* AX1693, *NJ* 2006, 563 m.nt. JR (de A-G concludeerde tot vernietiging van het arrest, maar liet de keuze tot verwijzen of terugwijzen aan de Hoge Raad) en HR 22 augustus 2006, nr. 01915/05, *LJN* AX5766 (conform CAG).

<sup>52</sup> HR 17 oktober 2006, nr. 01599/05, *LJN* AU8286. Uiteraard kan men op de gedachte komen dat indien de Hoge Raad vanwege meer dan een vormverzuim en/of schending van het recht casseert, hij zal verwijzen. Dat lijkt gezien de bestudeerde jurisprudentie echter geen argument. Ook dat lijkt verdedigbaar omdat – ook daar – de vraag is welk criterium de Hoge Raad zou moeten hanteren (welke verzuimen moeten leiden tot verwijzing of hoeveel?). Ondanks dat de Hoge Raad de nodige argumenten vond om te casseren, wees hij toch terug in HR 30 mei 2006, *LJN* AV2344, HR 3 april 2007, *LJN* AZ8349 en HR 26 juni 2007, *LJN* BA3621.

een ruit in' niet door de inhoud van enig bewijsmiddel geschraagd. Dus was er sprake van een gebrekkige bewijsmotivering.<sup>53</sup>

Een criterium voor verwijzing zou ook het advies van de advocaat-generaal kunnen zijn. In zes van de dertien verwijzingsgevallen die ik aantrof en waarin de Hoge Raad verwees, adviseerde de advocaat-generaal tot verwijzing, overigens zonder dat advies te motiveren. Bovendien was het telkens dezelfde advocaat-generaal.<sup>54</sup> In de overige verwijzingsgevallen, lieten de (steeds andere) advocaten-generaal de beslissing tot terug- of verwijzing steeds aan de hoge raad of concludeerden zij tot verwerping van het beroep.

Ook indien de verwijzings- en terugwijzingsbeslissingen aan andere criteria worden getoetst, ontdek ik niet een eenduidige of zelfs maar een meerduidige lijn.<sup>55</sup> Ten aanzien van zaken die landelijk (of soms – misschien – regionaal) voorwerp zijn geweest van publieke aandacht kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de neiging heeft om arresten in die zaken na vernietiging te verwijzen. Voor zaken waarop dat criterium niet van toepassing is, kan men opmerken dat de Hoge Raad bijna altijd terugwijst, maar dus een enkele keer verwijst. Naar het waarom van die verwijzingen blijft het gissen. De voorlopige conclusie ten aanzien van deze beslissingen van de Hoge Raad moet luiden dat zij niet zonder meer begrijpelijk zijn.

---

<sup>53</sup> HR 13 maart 2007, nr. 00635/06 E, *LJN* AZ6660. De overige bewezenverklaringen betroffen overtreding van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, de Wet Bodembescherming en een – stevige – wederspanningheid, maar men kan twijfelen of het Dagblad van het Noorden of de landelijke pers veel gewag van deze zaak hebben gemaakt.

<sup>54</sup> De Hoge Raad volgt deze A-G (Machielse) overigens niet altijd. Zie HR 19 september 2006, nr. 02274/05 en HR 16 januari 2007, *LJN* AZ3305, waarin de Hoge Raad terugwijst. Deze advocaat-generaal adviseert overigens niet 'standaard' tot verwijzing. Machielse is overigens niet de enige die tot verwijzing concludeert. Men zie HR 7 februari 2006, *LJN* AU5726 (plv. P-G) Fokkens.

<sup>55</sup> Zo heb ik verschillende zaken nog onderzocht op basis van criteria/hypotheses als 'hoe zwaar is de werklust van een gerechtshof? De Hoge Raad verwijst sneller bij zwaar belaste hoven'; 'Is art. 359 lid 2 tweede volzin geschonden?'; 'Is er sprake van een of enkele zware levensdelicten?'; 'Is er sprake van schending van essentiële vormvoorschriften?'; 'Hoe is de samenstelling van strafkamer van de Hoge Raad?'; en combinaties van dergelijke criteria. Behalve de hiervoor genoemde en besproken arresten, vond ik een beslissing tot verwijzing in HR 14 november 2006, nr. 01939/05, *LJN* AX4747 (veroordeling ter zake van moord; schending art. 290 Sv); HR 16 januari 2007, nr. 00880/06, *LJN* AZ0221 (veroordeling ter zake van bezit kinderpornografie; gebrek in de bewijsmotivering); HR 6 februari 2007, nr. 02708/05, *LJN* AZ4747 (veroordeling ter zake van valsheid in geschrift en – kort gezegd – opzettelijke vrijheidsberoving in de zin van art. 69 BOPZ; schending art. 359 lid 2, tweede volzin) en HR 3 april 2007, nr. 2039/06, *LJN* AZ8410 (vrijspraak ter zake van poging tot doodslag; schending art. 359 lid 2, tweede volzin).



## 5. Conclusie

Indien men recente jurisprudentie van de Hoge Raad bestudeert naar de wijze waarop de Hoge Raad terecht voorgestelde cassatiemiddelen ‘afdoet’, dan lijkt het erop dat de in de literatuur betrokken stelling juist is dat de Hoge Raad de neiging heeft om zaken zo doelmatig mogelijk af te doen. Indien een cassatiemiddel volgens hem terecht klaagt over een fout in het bestreden arrest, dan interpreteert hij die fouten niet zelden als kennelijke vergissingen en leest die arresten vervolgens verbeterd. Die wijze van interpreteren leidt tot de conclusie dat het middel feitelijke grondslag mist en het beroep wordt verworpen. Indien de Hoge Raad echter meent dat het gebrek waarover het middel klaagt geen kennelijke vergissing is, vernietigt hij het bestreden arrest. Dat wil dan nog niet zeggen dat zulks leidt tot een nieuwe feitelijke behandeling. Conform de letter van de wet, lijkt de Hoge Raad in zulke gevallen te proberen om de zaak zelf af te doen indien daarvoor geen nader feitenonderzoek nodig is. Zaken waarin de Hoge Raad zelf afdoet, vindt men in overvloed. De Hoge Raad verklaart de dagvaarding nietig en hij verklaart het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging wegens verjaring. De Hoge Raad is veel terughoudender met het zelf bepalen van de strafmaat, behoudens het geval waarin hij constateert dat in de cassatiefase de redelijke termijn is overtreden. Eveneens is hij terughoudender bij het geven van een vrijspraak. In beide laatste gevallen is immers vaak een nader feitenonderzoek noodzakelijk. Niettemin vindt men in de recente rechtspraak een flink aantal arresten waarin hij vrijsprekt en vooral partieel vrijsprekt omdat een onderdeel(tje) van de bewezenverklaring niet wordt geschraagd door bewijsmiddelen. In dat laatste geval echter, spreekt hij de verdachte van het desbetreffende onderdeel(tje) van de tenlastelegging vrij, maar laat hij de rest van het bestreden arrest in stand, met de toevoeging dat gezien de aard en ernst van het overgebleven deel van het arrest, het aannemelijk is dat het hof geen andere (lichtere) straf zou opleggen (of woorden van gelijke strekking). Indien men de arresten vergelijkt waarin de Hoge Raad gebreken in arresten leest als kennelijke vergissingen (en dus het beroep verwerpt) met die waarin de hoge partieel vrijsprekt (van ondergeschikte onderdelen van het ten laste gelegde) dan is voor mij niet zonder meer begrijpelijk op grond waarvan de Hoge Raad tot die onderscheiden uitspraken komt.

Indien de Hoge Raad het bestreden arrest vernietigt en niet zelf kan of wil afdoen, dan zal hij verwijzen of terugwijzen. Uit een door mij verricht jurisprudentieonderzoek van de strafkamer van de Hoge Raad over de voorbije anderhalf jaar blijkt dat de Hoge Raad nog maar zelden verwijst. Teneinde vast te stellen op basis waarvan de Hoge Raad verwijst of terugwijst, heb ik die – en iets minder recente – jurisprudentie onderzocht aan de hand van verschillende criteria. De Hoge Raad geeft die criteria zelf niet, ‘zijn’ advocaten-generaal evenmin. De conclusie luidt dat in zaken die voorwerp zijn geweest van het publieke debat (het publiciteitscriterium), de

Hoge Raad niet zelden verwijst. Men denke aan zaken als die van Mink K., Lucie de B. en Samir A. Helemaal consequent in zijn verwijzingsbeleid is de Hoge Raad op dat punt echter niet, want als men verschillende zaken onderzoekt die – ook op regionaal niveau – onder het criterium zouden (kunnen) vallen dan ziet men dat de Hoge Raad regelmatig terugwijst.

Er zijn echter ook verwijzingszaken waarvan men meer of minder zeker kan stellen dat zij niet onder het publiciteitscriterium vallen. Andere criteria geven echter evenmin een verklaring. Ook ten aanzien van deze arresten geldt dat de beslissingen van de Hoge Raad niet zonder meer begrijpelijk zijn.

